

資 料

権利救済法システムの比較研究（５）

権利救済法システム比較研究会
（代表者 松 村 和 徳）

スイス統一民事訴訟法の概要（５）

松 村 和 徳
吉 田 純 平

スイス統一民事訴訟法の概要 (5)

松 村 和 徳
吉 田 純 平

- I 研究の目的
- II スイス統一民事訴訟法の成立史
- III スイス民事訴訟における調停制度・Mediation (メディエーション)
 - (1) 調停制度—調停前置主義— —以上51巻3号—
 - (2) メディエーション (Mediation)
- IV スイス民事訴訟における判決手続
 - (1) 手続原則
 - (2) 訴訟要件
 - (3) 訴え
 - (4) 通常手続 —以上52巻1号—
 - (5) 当事者・多数当事者訴訟
 - (6) 訴訟行為, 訴訟指揮 —以上52巻2号—
 - (7) 証拠法 —以上52巻3号—
 - (8) 判決効 —以上本号—
 - (9) 上訴
- V スイス民事訴訟における特別手続
- VI スイスの執行手続
- VII スイスの仲裁手続

IV スイス民事訴訟における判決手続

7 個々の証拠方法

スイス民法は、証拠方法として、証言、書証、検証（実況見聞）、鑑定意見、書面による情報収集、当事者尋問及び証拠供述を認める（スイス民訴168条）。前4つの証拠方法は古典的なものであり、わが国と同様であるが、スイス民法の特色は、さらに、証言及び文書の指標を示す書面による情報収集（schriftliche Auskunft）と連邦法上統一的に当事者尋問及び証拠供述を証拠方

法として掲げる点にある。弁論主義が適用される領域における特定の証拠方法を放棄するような証拠契約については、肯定説が優勢である⁽¹⁾。

こうした証拠方法の限定は、証拠調べの限定化を意味し、そして、このことは、法的安定性と公正手続の要請に資するものと考えられている⁽²⁾。個々の証拠調べの形式は、スイス民訴法169条から同193条に規定があり、以下では、個々の証拠方法の証拠調べについて概説することにする。

1. 証言 (Zeugnis)

1) 証言能力

スイス民訴法169条からは、証拠方法としてまず証言を掲げる。証言席に立てるのは、当事者ではなく、第三者のみである。第三者のみが、証人として尋問されうるのである。スイス民訴法169条は、このことを「当事者でないが事実についての証言をなすことができる」という形で規定する。当事者としてみなされるのは、原告、被告、主参加人及び訴訟告知の訴えの被告である⁽³⁾。証言をすることができるのは、原則として判断能力がある者である。未成年者の協力義務については、裁判所が裁量で判断する(スイス民訴160条2項)。つまり、スイス民訴法には、絶対的証言無能力者という意味での最低年齢に関する規定はなく、裁判所は、判断能力と子の福祉を考慮して、とくに14歳以下(刑事上効果を指摘しなくてよい年齢)の未成年者に対する尋問をなすべきか否かの判断をなしうるのである。身体的障害がある者の場合には、尋問をなしうるか否かは、ケース・バイ・ケースで判断されることになる⁽⁴⁾。当事者との友好関係や敵対関係によって予断をもっていると思われる者も、証人となりうる。このような証人の予断は、証拠評価の際に考慮されなければならない⁽⁵⁾。

当事者は、当事者尋問および証拠陳述において尋問されねばならない。これ

(1) *Oberhammer/Domej/Haas* (Hrsg.), *Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2Aufl. (2013), S. 817. (*Hans Schmid*). など参照。

(2) *Spühler/Tenchio/Infanger*, *Schweizerische Zivilprozessordnung*, 3. Auflage. (2017), S. 970, (*Peter Hafner*). など参照。また、同971頁は、証明権はこの証拠方法の列举により具体化されるとする。

(3) 訴訟告知の訴えの原告はすでに当事者である。*Oberhammer/Domej/Haas*, a.a.O. (Fn. 1), S. 818. (*Hans Schmid*). など参照。

(4) *Oberhammer/Domej/Haas*, a.a.O. (Fn. 1), S. 819. (*Hans Schmid*). など参照。

(5) *Christoph Leuenberger/Beatrice Uffer-Tobler*, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 2. Aufl. (2016), S. 261. など参照。

により、従たる当事者（補助参加人）も、証人として証言をするのではなく、当事者として尋問される⁽⁶⁾。法人が当事者である場合、その機関（理事、取締役など）が証拠手続において当事者と同様に取り扱われ（スイス民訴159条）、証人としてみなされない⁽⁷⁾。それゆえ、機関は、当事者尋問および証拠陳述の枠内で尋問される。ある者が証人として尋問されるか、当事者として尋問されるかによって、拒絶権の範囲、ならびに虚偽の陳述の刑事上および懲戒について結論が異なってくる。

2) 証言の対象

証言対象となるのは、当事者が直接知覚した事実である（スイス民訴169条）。自身が見聞した事情（事実）、すなわち、証明対象に対して自ら直接に知覚したものに關しての自然人の供述が証言の対象となるのである。この点において、伝聞証言とは区別される⁽⁸⁾。自らの経験に基づかない（間接的な知覚となる）伝聞の陳述は証言とならないのである。しかし、それは、間接事実としては考慮されうる。

証人は、原則として、事実についてのみ質問されるが、裁判所は、専門知識を有する証人に、事実関係の評価のための質問をすることもできる（スイス民訴175条）。例えば、裁判所は、特定の時点にある建築物を見た技術者に、ただ何を見たかを聴くだけでなく、技術的な状況の判断を質問することもできる。この場合における専門知識を有する鑑定証人は、証人と鑑定人の中間的な存在である。

3) 証人尋問の手続

原則として、裁判所は、証人に法廷において尋問する。例外的に、病気などの場合に、証人の居所においても、尋問を行うことができる（スイス民訴170条

(6) *Leuenberger/Uffer-Tobler*, a.a.O. (Fn. 5), S. 261.; *Spühler/Tenchio/Infanger*, a.a.O. (Fn. 2), S. 979. (*Peter Guyan*). など参照。訴訟告知により訴訟に参加した者も同様に証人としては扱われない。この点が補助参加人を証人として扱うわが国と異なってくる。

(7) *Botschaft des Bundesrates zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. 6. 2006* (Botschaft ZPO), BBl 2006, S. 7315., *Spühler/Tenchio/Infanger*, a.a.O. (Fn. 2), S. 979. (*Peter Guyan*). など参照。

(8) *Botschaft ZPO*, (Fn. 7), S. 7321. など参照。

3項前段)。当事者はこの点について情報提供しなければならない(スイス民訴170条3項後段)。また司法共助裁判所にも、尋問を委託することができる。

①証人の呼出し

証人は、裁判所により呼び出される(スイス民訴170条, 同133条)。これが原則である。この呼出しは、裁判所の訴訟指揮に属する⁽⁹⁾。証人義務は、陳述義務だけでなく、裁判所に出頭する義務も含む⁽¹⁰⁾。また、裁判所は、当事者に、呼出しなしに、証人を連れてくることを認めることができる(スイス民訴170条2項)。呼出しなしの証言は、その者の証言が証拠として許容されることを前提とする。このことは、通常手続においてはインストラクション手続の弁論又は主要弁論期日で行われる。さらに、争いとなっている場所や検証場所に直接呼び出すことも許されている⁽¹¹⁾。

証人は、尋問の前に、真実を語るように勧告され、虚偽の証言の刑事上の結果について指摘される(スイス民訴171条1項前段)。証人は自らの権利と義務を教示される(スイス民訴161条)。この教示は、真実に即して供述するという協力義務(スイス民訴160条1項a号)、拒絶権(スイス民訴163条)とその懈怠の効果(スイス民訴147条)に関して、完全かつ明確に行われなければならない。証人の真実義務は、この教示される義務の一部である。証人は、14歳になる前は、刑事上の結果については指摘されない(スイス民訴171条1項後段)。

②尋問の方法

裁判所は、証人に対して、まず、その身上と当事者との人的関係ならびに陳述の信頼性にとって意味のあるその他の状況について質問する(スイス民訴172条aおよびb)。その後、事案について証人が知覚したことに関して尋問がなされる(スイス民訴172条c)。

(9) *Spühler/Tenchio/Infanger*, a.a.O. (Fn. 2), S. 982. (*Peter Guyan*) など参照。

(10) *Spühler/Tenchio/Infanger*, a.a.O. (Fn. 2), S. 982. (*Peter Guyan*) 参照。証人の義務は、スイス民訴法169条以下のみならず、協力義務に関する同160条で規定される(*Botschaft ZPO* (Fn. 7), S. 7316.)。

(11) *Oberhammer/Domej/Haas*, a.a.O. (Fn. 1), S. 823. (*Hans Schmid*). など参照。この場合は、証人が客観的理由から裁判所への出頭が困難な場合に認められるのである(*Spühler/Tenchio/Infanger*, a.a.O. (Fn. 2), S. 982. (*Peter Guyan*))。

証人の尋問は裁判所のマターである。その場合、証人は、具体的な質問をされる前に、争われる事実について陳述すべきである。「はい」もしくは「いいえ」でのみ答えられる質問は、その場合には、目的に合わない。なぜなら、それによってなされた答えは、真実性の評価を可能にしないからである⁽¹²⁾。

証言はまず事案について知覚したことを証人自らの言葉で述べるものである。その後、尋問が実施される。

③補充尋問

当事者は、補充尋問を申し立てることができ、又は、裁判所の許可により自らこれを行うことができる（スイス民訴173条）。裁判所が当事者に補充尋問を認めたときには、当事者は示唆的な方法により質問をしてはならず、証明テーマから離れないことに注意しなければならない。補充尋問は、尋問の際の当事者の協力・手段である。

④交互尋問・対質

干渉を防止するため、裁判所は、それぞれの証人を個別に、他の証人を退席させて質問にする（スイス民訴171条2項）。個別の尋問の後、証人は、当事者の申立てにより、または職権で、他の証人とともに、または一方当事者もしくは両当事者と対質させることができる（スイス民訴174条）。対質は、特に、矛盾の解明に役立つ⁽¹³⁾。

⑤調書

スイス民訴法176条2項によれば、証人の陳述（証言）は、調書作成人（書記）により、コンピューター又は手書きで調書に記載され、録音テープ、ビデオなどのその他適切な技術的補助手段によって記録される。調書は、尋問の後、証人によって読み上げられ、署名がされる。なお、陳述が上記の方法により記録されたとき、裁判所もしくは尋問した裁判所構成員は、証人に調書を読み上げること、もしくは朗読を提示することを放棄することもできる（スイス民訴176条3項）。

証人の陳述は、その本質的な内容を調書にとられる（スイス民訴176条1項前

(12) *Leuenberger/ Uffer-Tobler*, a.a.O. (Fn. 5), S. 262.

(13) *Botschaft ZPO*, (Fn. 7), S. 7321. など参照。

段)。したがって、逐語的な調書をとる必要はない。裁判所は、証言を即座に調書に要約するか、場合によっては、技術的な記録から文字による写しを作るか、どちらも可能である。調書に記載される本質的な内容とは、手続の結果に影響を与えうるものをいう。構成要件事実に関わる供述などがこれに該当する。

陳述は、上述のように、要約して調書に記載される。その場合、証明の対象に属さない陳述は省略される。しかし、上訴があった場合の観点から、当事者が要求するときは、当事者の拒否された補充質問も調書に記載される（スイス民訴176条1項後段）。記録は、ファイルされ、調書とともに保管される（スイス民訴176条3項）。そのような記録の正確な複写は、強制的には命じられない。しかし、証人の陳述が確実に、そして省略や要約なしに再現されるような調書については、正確な複写が命じられる。調書作成者は、その署名とともに、その正しい写しを証明しなければならない。

技術的な記録は、審理の負担を軽減することに資する。なぜなら、調書を読み上げなくてもよいからである。それは、複雑な事案の陳述を、要約した調書より、信頼性をもって再現することができる。このことは、とくに、証拠調べの委任の結果、尋問に関与していない裁判所構成員、もしくは上訴審について意味を持つ。

証人又は当事者が調書の記載について了承しない場合には、スイス民訴法235条3項による調書の訂正がなされる。追加の電子的な記録が存在する場合には、ありうる不一致は問題なく処理されうる。もっぱら審理において文書で作成された調書の場合には、証人と当事者は、読み上げの後、証人の署名の前にはじめて変更を申し立てうる。調書の訂正の申立ては、遅滞なく申し立てられなければならない。その遅滞は、信義則に反するとされる。

(関連条文試訳)

第2節 証言

第169条 証言の対象

当事者ではない者は、その者が直接知覚した事実について、証言をすることができる。

第170条 呼出し

- 1 証人は、裁判所により呼び出される。
- 2 裁判所は、当事者が、呼出しなしに証人を連れてくることを許可することができる。

- 3 尋問は、証人の居所においてすることができる。当事者は、これについて適時に通知されなければならない。

第171条 尋問の形式

- 1 証人は、尋問の前に真実を語るように勧告がなされる。14歳に達した後について、証人は、虚偽の証言の刑事上の結果（刑法307条）について指摘される。
- 2 裁判所は、それぞれの証人を個別に、かつ他の証人の退席の状況において尋問する。ただし、対質は留保される。
- 3 証言は、自由になされなければならない。裁判所は、文書の資料を利用することを認めることができる。
- 4 裁判所は、その者が証人の地位を免じられていない限りで、他の弁論から証人を排除する。

第172条 尋問の内容

裁判所は、次に掲げる事項について証人に尋問することができる。

- a. その身上
- b. その当事者との人的関係、並びにその陳述の信頼性の評価のために意味のあるその他の状況
- c. 事件に関するその知覚

第173条 補充尋問

当事者は、補充尋問を申し立てることができ、かつ裁判所の許可を得て自ら補充質問をすることができる。

第174条 対質

証人は、相互に及び当事者と対質させることができる。

第175条 専門的知識を有する者の証言

裁判所は、専門的知識を有する証人に対し、事実関係の評価に関する質問をまたすることができる。

第176条 調書

- 1 供述は、その本質的な内容を調書に記載するものとする。証人は、これを読み聞かせられるか、閲覧に供され、証人が署名する。調書への記載を拒否された両当事者の補充尋問もまた、当事者の一方が記載を要求する場合には、これを調書に記載するものとする。
- 2 供述は、追加的に、録音テープ、ビデオ、又は他の適切な技術的補助手段によってこれを記録することができる。
- 3 供述が第2項に基づき弁論の間に技術的補助手段により記録されたときは、裁

判所、または尋問した裁判所構成員は、証人に調査を読んで聞かせ、または読むために閲覧に供させること、及び証人に署名をさせることを放棄させることができる。記録はファイルされ、調書とともに保管される。

2. 書証

1) 概念

スイス法は、その証拠適性により書証を定義づけている。スイス民訴法177条は、書証概念を広く規定する。立法者は、思想を表示した動産をも書証とする広義の書証概念を採用したのである⁽¹⁴⁾。書証とみなされるのは、文書、図面、設計図、写真、フィルム、録音テープ、電子データ等々のような記録物である。簿記義務のある会社の電子記録も書証となる。書証は、法律上重要な事実を証明するのに適したものでなければならない（スイス民訴177条）。この適切さを意味するのは何かについては、必ずしも明らかではない。刑法上の文書の定義（スイス刑法110条）の場合とは異なり、その記録が証明のために決定的なものである必要はない⁽¹⁵⁾。

2) 文書の真正

文書の真正について争いがある場合には、その証明責任は、その文書を引用した当事者が負う（スイス民訴178条）。しかし、相手方当事者は、真正の一括の否認に限定されない。むしろ、その否認は、理由づけられなければならない。つまり、相手方当事者は、否認のために、裁判所に、その内容や署名に関して文書の真正性に対して重大な疑いを喚起するような具体的状況を明らかにしなければならないのである。それが成功したとき、証明責任を負う当事者は、真正を証明しなければならないことになる⁽¹⁶⁾。真正の証明のためにはあらゆる証拠方法が許される。裁判所はそれらを自由に評価するのである。証明に失敗したときは、当該文書は不真正とみなされ、考慮されないのである。

3) 公的記録および公文書の証拠力

公的記録および公文書は、その内容の不当性が証明されないかぎり、それら

(14) *Oberhammer/Domej/Haas*, a.a.O. (Fn. 1), S. 832. (*Hans Schmid*).

(15) *Botschaft ZPO* (Fn. 7), S. 7322. 現在の急激な技術的發展を考慮して、立法者は書証概念を広く把握したのである。

(16) *Botschaft ZPO* (Fn. 7), S. 7322.

によって証明されるべき事実についての完全な証明をもたらす（スイス民訴179条）。これは、自由心証主義の例外を規定したものである。公的記録及び公文書は連邦法だけでなく州法のそれも含まれる。公的記録及び公文書については、それとともに、（例外的に）証拠力に関する規律が立てられる。そこでは、ZGB（スイス民法）は、法律による事実上の推定を規定する。他のすべての文書については、裁判所は、具体的な事案において、証拠評価の枠内で、つまり、自由心証主義に基づいて証拠力について判断することになる。

4) 文書提出義務

スイス民訴法において、当事者及び第三者は、文書を引き渡す訴訟上の義務を負う（スイス民訴160条1項6号）。この義務は、協力義務等に基づくものである。文書は、コピーを提出することができる（スイス民訴180条）。しかし、裁判所及び一方当事者は、文書の真正について根拠ある疑いが存在する場合には、原本、もしくは公的に証明されたコピーの提出を求めることができる。電子的なコピーは、その文書保管が商法上の基準に適用場合には、原本と同じ質を示すものとみなされる。原告が処分することができ、もしくは裁判所外で入手することができた文書は、通常、訴状に添付されなければならない。

膨大な通信や完全な簿記のような大規模な書証については、立証にとって重要な箇所をしめさなければならない（スイス民訴180条2項）。

（関連条文試訳）

第3節 書証

第177条 概念

書証とされるのは、文書、図面、設計図、写真、フィルム、録音テープ、電子データ及び法律上重要な事実を証明するために適切なものであるような記録物である。

第178条 真正

文書を引用する当事者は、相手方当事者がその真正を争う限りで、文書の真正を証明しなければならない。その否認は、十分に理由づけられなければならない。

第179条 公的記録および公文書の証拠力

公的記録および公文書は、その内容の不正確さが証明されない限り、それらによって証明されるべき事実について完全な証明をもたらす。

第180条 文書の提出

- 1 文書は、コピーを提出することができる。裁判所又は一方当事者は、その真正について根拠ある疑いが存在する場合には、原本又は公的に証明されたコピーの提出を要求することができる。
- 2 膨大な文書がある場合には、立証のために重要な箇所が示されなければならない。

3. 検証

1) 概念と実施

裁判所は、事実を直接に知覚するために又はより良く事実関係を理解するために、当事者の申立てにより又は職権で、検証を行うことができる（スイス民訴181条1項）。検証は、一方で、本来的な証拠方法であり、他方で、法律文書や添付物によっては、状況や対象の十分なイメージを取得できないときに、裁判所にとって、検証は争われていない事実関係のより良い理解に資するものとなる。つまり、検証は、事実関係に関する裁判所の知覚的な確認に資するのである。

検証において、裁判所は、事実関係をあらゆる感覚を使って確認することができる。例えば、検証物を見、聞き、においをかぎ、もしくは味わうことで事実関係の知覚的な確認をできるのである。この検証の対象としては、例えば、以下のようなものがある。例えば、機械、種類の特定されてない物体、家屋、土地、不動産の騒音または臭いの侵入、通り、取引の状況、人物の肉体等である。検証物を不都合なく裁判所に提示することができるときは、当事者はそれを裁判所に提出しなければならない（スイス民訴181条3項）。

当事者及び第三者の検証受忍義務（とくに鑑定人による人及び所有物の検証に際して）は、証拠調べへの協力義務（スイス民訴160条）から生じる⁽¹⁷⁾。

当事者は、原則として、検証への参加権を有する。これは、証明権と審問請求権に基づく権限である⁽¹⁸⁾。もっとも第三者の保護に値する利益が要求する場合や参加により検証が目的を達成できない場合には、この参加権は、制限される⁽¹⁹⁾。

(17) *Spühler/Tenchio/Infanger*, a.a.O. (Fn. 2), S. 1015. (*Annette Dolge*). など参照。

(18) *Botschaft ZPO* (Fn. 7), S. 7324.

(19) *Spühler/Tenchio/Infanger*, a.a.O. (Fn. 2), S. 1015. (*Annette Dolge*). など参照。

2) 検証の手續

① 申出・呼出し

検証物が証拠方法として申出がなされる限り、この申出は、当事者からなされなければならない。裁判所のより良い理解に資する場合には、職権でも検証を命じられることができる。また、裁判所は、一人又は複数の受命裁判官に検証を実施させることができる（スイス民訴155条1項）。

裁判所は、証人ならびに専門知識を有する者を検証のために呼び出すことができる（スイス民訴181条2項）。裁判所は、例えば、証人に、検証物との関連づけを質問することができる。専門知識を有する者は、検証の枠内で、答えるべき問題を明らかにし、またはそのような者は、検証物との関連で鑑定に解説を加えることができる。

② 調書

検証についての裁判所の確認のために、検証結果は調書に記録される。それは、場合によっては、図面、製図、写真およびその他の技術的方法によって補うことができる（スイス民訴182条）。他は、記録については、スイス民訴法235条の調書規定が適用される。

（関連条文試訳）

第4節 検証

第181条 実施

- 1 裁判所は、事実を直接に知覚するために、又は事実関係のより良い理解のために、当事者の申立てにより又は職権で、検証を行うことができる。
- 2 裁判所は、証人並びに専門知識を有する者を検証のために呼び出すことができる。
- 3 検証物を不都合なく裁判所に提示することができるときには、検証物は提出されなければならない。

第182条 調書

検証については、調書に記録されなければならない。場合によっては、図面、設計図、写真その他の技術的な方法によりこれを補うことができる。

4. 鑑定

1) 概念

鑑定は、争訟事件の判断のために、一般に知られていることを超えた知識が

必要である場合になされる。鑑定人は、その専門知識に基づいて事実を確認し、専門知識及びそこから得られる経験則に基づき、事実を評価する役割を担う。法の適用は裁判所の事柄であるので、法的問題について、鑑定はなされない（例外として外国法）。

鑑定は、通常、当事者の一方の申立てにより行われる。鑑定が事件の判断にとって必要でない場合には、申立ては却下される。また、裁判所自身が専門知識を有する場合にも、鑑定は行われず。裁判所は、専門知識を持ち合わせている場合（たとえば商事裁判所において・スイス民訴6条）、裁判所は、その自らの専門知識を用いることができるのである。しかし、その裁判所自らの知識は、証拠方法とはならない。自らの知識で十分ではない場合には、さらに鑑定を行うことができる。裁判所は、専門知識を有する場合には、それについて当事者が立場を明らかにすることができるよう、自らの専門知識を明らかにしなければならない（スイス民訴183条3項）⁽²⁰⁾。

当事者は、訴訟係属中だけでなく、本案訴訟の提起前の保全証拠手続の段階でも、鑑定を申し立てることができる。

職権においても、鑑定を命ずることができる（スイス民訴183条1項）。職権鑑定が起りうるのは、例えば、裁判所が、その固有の認識に基づいて判断する一般的に知られた事実が問題となっていると考えて、証明責任を負う当事者が鑑定の実施の申立てをしていないが、裁判所は、このことについて必要な確信を得ていないような場合である。

2) 鑑定人

鑑定人は、専門的に、その状況において、裁判所から問われた問題に答えることができない。鑑定人は、そのほかに、争訟事件及び当事者に予断をもっていない。鑑定人については、裁判所構成員と同様の除斥事由が適用される（スイス民訴183条2項、同47条）。原則として、鑑定人は、自然人でなければならない。ある機関が鑑定を委託されるときには、責任を負う鑑定人が示されなければならない。

鑑定人は、補償請求権を有する。補償に関する裁判所の裁判は、抗告によって取り消すことができる（スイス民訴184条3項）。

(20) Spühler/Tenchio/Infanger, a.a.O. (Fn. 2), S. 1019. (Annette Dolge). など参照。

①鑑定人の任命

裁判所は、一人または複数の鑑定人に鑑定を命ずることができる（スイス民訴183条1項前段）。裁判所は、鑑定人の任命のためにあらかじめ両当事者から意見を聴かねばならない（スイス民訴183条1項後段）。当事者は、裁判所に鑑定人の提案をする権限を有する。当事者は、相手方当事者の提案に対して、特に提案された者の独立性、および専門知識の観点から、反対意見を述べることができる。裁判所は、訴訟指揮でもって鑑定人を任命する。

鑑定命令と同時に、鑑定人は、その真実義務並びに虚偽の鑑定の際の刑法307条に基づく刑罰の可能性について指摘される。裁判所は、そのほか、鑑定人に、刑法320条に基づく職務上の秘密の侵害の刑罰並びに懈怠および不完全な職務執行の結果について注意を喚起する（スイス民訴184条）。

②鑑定人による事案の解明（Abklärung）

事実の主張は、たしかに当事者のマターであり、証拠調べは裁判所が行う。しかし、鑑定人は、それにもかかわらず、様々な事案において、鑑定を行うために自ら一定の事案の解明を行うよう指示されるが、それは、裁判所が鑑定の委託においてその権限を与えた場合にのみ行うことができる。鑑定人はさらに、例えば、第三者または当事者に照会し、資料を要求し、または検分を行うことができる。このような事案の解明は、鑑定意見において明らかにされなければならない（スイス民訴186条1項）。口頭での照会は、ファイル控えに記録される。それによってのみ、鑑定人が当事者が主張した事実を補完し、証拠を調べたかが明瞭となる。

裁判所は、さらに、事案の解明が主張された事実の枠内に存在するかどうかを判断し、または、その釈明義務に基づいてその補完することができる。裁判所は、そのほかに、当事者の申立てに基づき、または職権で、証拠手続の規定に従った解明を再度行うことができる。例えば、鑑定人に回答した第三者に対して形式的に証人として当該テーマについて尋問し、又は裁判所による検証を行うことができるのである。

鑑定人は、その解明のために当事者とコンタクトをとったときには、予断を与えないようにしなければならない。このことから、検分には、両当事者が呼び出されなければならない。当事者への質問は、通常文書により、他方当事者への写しとともになされる。

3) 鑑定の実施

鑑定人によって取り扱われる証明対象は、原則として証拠調べから生じる。裁判所は、鑑定を命ずる場合には、個々の質問を確定する。当事者には、これに対して、問いを發し、変更又は補充の申立てをする機会が与えられる（スイス民訴185条2項）。裁判所は、これらに基づいて訴訟指揮の枠内で、鑑定を公式に命ずるのである。この鑑定命令は、当事者及び鑑定人に文書で提示される。インストラクション審理での鑑定人による口頭での教示の際には、鑑定命令は弁論調書に記載される（スイス民訴185条1項）。

裁判所は、鑑定人に必要なファイルを利用させ、鑑定の報告のための期間を定める（スイス民訴185条3項）。裁判所は、当事者に、鑑定意見の解説もしくは補充質問への回答を申し立てる機会を与える（スイス民訴187条4項）。鑑定人が期間内に鑑定を行わない場合、裁判所は、（別の期間を設定したのち）任命を取り消し、別の鑑定人を任命することができる。また、裁判所は、不完全、不明確もしくは不十分な理由づけの鑑定につき、当事者の申立てに基づき又は職権で、鑑定人に補充および説明させ、または他の鑑定人を呼ぶことができる（スイス民訴188条）。

鑑定人は、個人で鑑定を行う。しかし、その責任の下で、補助者を呼ぶことができる。

裁判所は、口頭での鑑定もしくは書面での鑑定の実施を命じることができ、口頭での鑑定は、明快な事案においてのみなされる。口頭での鑑定に際しては、調書が作成される。複数の分野の鑑定（証言の際と同様スイス民訴176条による）がなされたため、もしくは学界において様々な見解が主張されているために、複数の鑑定人が任命された場合には、それぞれは、裁判所が共同の鑑定を命じない限り、別々に鑑定することとなる（スイス民訴187条3項）。

鑑定人の懈怠もしくは瑕疵に基づいて生じた費用は、不要な費用を生じさせた者に支払わせるという原則（スイス民訴108条）により、鑑定人の負担となる。

4) 仲裁鑑定 (Schidegutachten)

仲裁鑑定は、専門知識を有する第三者による、法律上重要な事実の拘束力ある認定を目的とする。両当事者は、この方法により、訴訟の回避のため、又は将来もしくは現在進行している訴訟における確実な事実という観点から、仲裁鑑定により拘束力を持って確定させることができる（スイス民訴189条）。この

拘束力は、スイス民訴法189条1項、2項並びに3項のa号が満された場合のみ生じる。したがって、仲裁鑑定は、事実の拘束力ある確定に資するのである⁽²¹⁾。仲裁鑑定の基礎をなすのは、当事者間で締結された仲裁鑑定契約である。仲裁鑑定は、仲裁裁判（スイス民訴381条）と区別されなければならない。仲裁鑑定を行う仲裁裁判官の職務の一部である。仲裁裁判官が、事実を認定し、法をそれに適用して判決をするのに対して、仲裁鑑定人は事実を認定するのみである。仲裁鑑定人は、「事実の裁判官」とみなされ、仲裁裁判官の一部の役割を果たすのである⁽²²⁾。このことから、仲裁鑑定は、仲裁裁判管轄についての規定には服さない（スイス民訴353条以下）。また、仲裁鑑定は、裁判所による鑑定ではない。

仲裁鑑定人は、除斥事由は適用されない（スイス民訴189条3項b号）。

両当事者が仲裁鑑定に合意した場合、事件を担当する裁判所は、当該主張について証拠調べを行わない。むしろ、当事者は、仲裁鑑定がなされていないときは、仲裁鑑定を要求しなければならない。両当事者が仲裁鑑定を行うことに合意したときは、その合意については合意管轄の形式が適用される（スイス民訴189条2項、同17条2項）。仲裁鑑定がすでに行われているときは、裁判所は原則としてそれに拘束される。裁判所は、以下の場合には、仲裁鑑定において確定した事実を判決の基礎としなければならない（スイス民訴189条3項）。つまり、裁判所は仲裁鑑定に拘束されるのである。その場合とは、すなわち、①両当事者が権利関係について自由に処分できる場合、②委任された者について除斥事由が存在しない場合、③仲裁鑑定が一方当事者を優遇することなく、明らかに不当でない場合、である。

5) 私的鑑定

当事者は、訴訟の見通しについて判断し、または裁判所の鑑定の論理一貫性を判断するために、自ら鑑定を委任する動機を有する。そして、当事者は、訴訟においてこのような私的な鑑定を提出することができる。しかし、私的な鑑定は、証拠方法とはならず、当事者の主張となる。

しかし、裁判所の鑑定の論理一貫性に動揺を与える場合には、大きな意義を有する。加えて、私的な鑑定を基礎とする当事者の主張は、しばしば特別に理

(21) Botschaft ZPO (Fn. 7), S. 7325.

(22) Oberhammer/Domej/Haas, a.a.O. (Fn. 1), S. 866. (Hans Schmid).

由づけられる。それに相応して、これに対する包括的な否認は不十分であり、相手方当事者は、むしろ理由づけをして争うことが求められる。すなわち、どの事実を争い、どの事実を認めるかを個別に説明しなければならない。相手方当事者の事実の主張が理由づけられて争われた場合には、当事者の鑑定は、これを単独で証明する能力はない。

(関連条文試訳)

第5節 鑑定

第183条 諸原則

- 1 裁判所は、当事者の申立て又は職権で、一人又は複数の鑑定人に鑑定を委任することができる。裁判所は、それに先立って当事者の意見を聴取する。
- 2 鑑定人については、裁判所構成員について同じ除斥事由が適用される。
- 3 裁判所は、その固有の専門知識について当事者が立場を表明できるようにするために、これを公開しなければならない。

第184条 鑑定人の権限と責任

- 1 鑑定人は、真実義務を負い、その鑑定意見を期間内に提出しなければならない。
- 2 裁判所は、鑑定人に、虚偽の鑑定については刑法307条により、職務上の秘密の侵害については刑法320条により刑事上罰せられうること、並びに、懈怠および不完全な職務執行の結果について指摘するものとする。
- 3 鑑定人は、補償請求権を有する。補償に関する裁判所による裁判は、抗告により不服を申し立てることができる。

第185条 任命

- 1 裁判所は、鑑定人を任命し、解明されるべき問題を文書、又は口頭で弁論において鑑定人に提示する。
- 2 当事者には、質問をし、変更又は補充の申立てをする機会が認められる。
- 3 裁判所は、鑑定人が必要な資料を自由に処分することができるようにし、かつ鑑定の報告ための期限を定める。

第186条 鑑定人による事案の解明

- 1 鑑定人は、裁判所の同意を得て、自ら事案の解明を行うことができる。鑑定人は、鑑定書においてこれを明らかにしなければならない。
- 2 裁判所は、当事者の申立て又は職権で、証拠調べ手続の規定により再度事案の解明を行うことができる。

第187条 鑑定意見の提出

- 1 裁判所は、鑑定意見の口頭又は文書での提出を命じることができる。さらに、

鑑定人が文書の鑑定意見について弁論において説明することを命じることができる。

- 2 口頭の鑑定については、第176条による調書が作成されなければならない。
- 3 複数の鑑定人が任命されるときは、裁判所が別に命令しない限り、それぞれがその鑑定意見を提出する。
- 4 裁判所は、当事者に、鑑定意見の説明又は補充質問を申し立てる機会を与える。

第188条 懈怠および瑕疵

- 1 鑑定人が鑑定を期間内に提出しないときは、裁判所は鑑定人任命を取り消し、他の鑑定人を任命することができる。
- 2 裁判所は、不完全、不明確又は十分に根拠づけられていない鑑定意見を、当事者の申立てにより又は職権で、補充および説明をさせ、又は他の鑑定人を呼ぶことができる。

第189条 仲裁鑑定

- 1 両当事者は、争いのある事実について仲裁鑑定を行うことを合意することができる。
- 2 合意の形式については、第17条第2項が適用される。
- 3 仲裁鑑定は、次に掲げる場合には、そこで確定した事実について裁判所を拘束する。
 - a. 当事者がその権利関係を自由に処分できる場合
 - b. 委任された者に除斥事由が存在しない場合
 - c. 仲裁鑑定が一方当事者に優遇するものではなく、明らかに不当なものではない場合

5. 書面による情報収集

書面による情報収集は、スイス民訴法独自の証拠方法である。これは、書証、証人尋問及び鑑定に関連する証拠方法である。この書面による情報収集は、専ら裁判所によって行われる。証人の陳述又は鑑定の内容を示すことができる。

1) 官公庁の書面による回答

裁判所は、官公庁に、文書による回答、もしくは公的な記録を要求することができる（スイス民訴190条1項）。官公庁は、職務上の義務に服していることを理由に、公的記録について、証拠調べの特別な形式、とくに真実義務違反の際の刑事上の結果の説明を放棄することができる。

2) 私人の書面による回答

裁判所は、私人にも文書による回答を求めることができる。例えば、使用者に給料についての陳述、医師にある者の健康状態についての陳述、又は（常に当該秘密の免除があるかぎりであるが）金融機関に口座についての陳述を求めることができるのである。この事実の確認方法は、通常は形式的な証人尋問に比べて、迅速で費用がかからないことから、重要な事実上の意義を有する。しかし、証人尋問は、裁判所への直接の出頭及び虚偽の陳述についての刑事罰の告知から、文書による回答よりも大きな権威がある。このため、文書による回答に際しては、当該事実についての事後の証人尋問が常に保留される。

（関連条文訳）

第6節 書面による情報収集

第190条

- 1 裁判所は、官公庁に対して文書による回答を求めることができる。
- 2 裁判所は、証人尋問が必要でないと判断したときは、私人に対して文書による回答を求めることができる。

6. 当事者尋問および証拠供述

証拠調べにおいて命じられた当事者の陳述は、証拠方法であり、事実の認定に資することになる。この当事者の陳述は、証拠方法の意味において、法的文書における当事者の申立て及び当該当事者の主張を示すインストラクション手続又は主要弁論期日での当事者の弁論や当事者の申立てとは区別されるべきである。証拠方法の意味での当事者の陳述は、裁判所の釈明義務の行使の際の裁判所の釈明に対する回答とも区別される。なぜなら、釈明に対する回答は、当事者の主張を明確に説明するものであり、いずれにせよ証拠には属さないからである。

スイス民訴法は、当事者の証拠方法としての2つの当事者への尋問の形式を規定している。すなわち、当事者尋問（スイス民訴191条）および証拠供述（スイス民訴192条）である。

1) 尋問される当事者

当事者尋問および証拠供述の形式において、裁判所は、当事者を証拠調べの意味において尋問することができる。参加人も当事者として尋問される。当事者が法人である場合、その機関が証拠調べ手続において当事者として扱われ、

尋問される（スイス民訴159条）。機関としては、本来の職務執行を行い、法人の意思形成に決定的に関与し、また外部に対して行動する者が妥当する。それには、評議会、業務執行者、取締役、理事などがある（いわゆる執行機関）。実際の機関は、法人の意思形成に決定的に関与し、これを代表する。この近接性が、当事者として尋問されることを正当化するのである⁽²³⁾。監査役は、外部に対して行動しない限りで、当事者として尋問される機関には含まれない。その構成員は、このことから、原則証人として尋問される。ある者が尋問の時点でもはや当事者として行動する法人の機関ではない場合、その者は当事者ではなく証人として尋問される。というのも、その者はもはや法人を代表しないからである。なお当事者との近接性が存在する場合には、証拠評価に際して考慮される。

2) 当事者尋問の意義と目的

当事者の合意、発言、または行動が証明の対象となるとき、当事者はしばしば最良の情報を与えることができる。たとえ当事者が何かを脚色して述べたとしても（時々は虚偽であっても）、当事者の陳述は、証人の陳述よりも有用な場合がありうる。裁判所は、多くの場合において、当事者尋問から真実発見に役立つ根拠を得ることができるのである。この場合に重要なのは、裁判所が正しい質問をすることであり、陳述を適切に評価することである。当事者の陳述は、他の方法により得られたが、しかし、裁判所の判断（確信）にとってなお不十分な場合には、当事者尋問により、必要な確信へと至ることができる。

その他に、当事者の陳述によって、不均衡が除去されることがありえる。例えば、一方の側では当事者の従業員が、他方の側では当事者自身がかかわっている合意の内容が証明されるべき場合である。このような場合、当事者の陳述なくしては、従業員のみが証人として尋問され、不均衡が生じることになる。

3) 当事者尋問

当事者尋問は、単純で穏やかな尋問の形式であるとされる⁽²⁴⁾。当事者尋問は、独立した、証拠陳述の命令とは無関係な証拠方法である⁽²⁵⁾。当事者は、

(23) Botschaft ZPO, (Fn. 7), S. 7315.

(24) Botschaft ZPO, (Fn. 7), S. 7326.

(25) *Spühler/Tenchio/Infanger*, a.a.O. (Fn. 2), S. 1071. (*Peter Haftner*). など参照。

当事者尋問に際して、たしかに真実義務を負うが、しかし、真実に反する陳述は、懲戒的にのみ罰せられる。当事者は、尋問の前に、真実義務について注意喚起され、故意に否定する場合には、2000スイス＝フランまでの秩序過料が、繰り返される場合には5000スイス＝フランまでの秩序過料が科せられうることを説示される（スイス民訴191条2項）。

裁判所は、一方当事者もしくは両当事者に対して当事者尋問の意味で質問することができる。それぞれの当事者は、当事者尋問を自らもすることができる。自身に有利な陳述は、裁判所が評価するべきである。

4) 証拠供述

証拠供述は、尋問の特別な形式を示すものである⁽²⁶⁾。裁判所は、一方当事者または両当事者に対して証拠供述の意味において質問することができる。この質問は、裁判所が必要であると考えるときは（鑑定や検証と同様に）、職権で命じられる。職権による命令は、たしかに、弁論主義からの逸脱を示す。しかし、証拠供述の実施についての当事者の申立ては、他のすべての証拠方法と同様に、証明への権利（スイス民訴152条1項）に基づき適法である。当事者は、証拠供述の前に真実を述べるように注意喚起され、刑法306条による虚偽の陳述の際の刑事上の結果（3年以下の自由刑または罰金）について指摘される（スイス民訴192条2項）。

（関連条文試訳）

第7節 当事者尋問及び証拠供述

第191条 当事者尋問

- 1 裁判所は、法律上重要な事実のために、当事者の一方を又は当事者双方を尋問することができる。
- 2 当事者は、尋問の前に、事実在即して述べることを勧告され、かつ故意に否認する場合には、2000スイス・フランまでの秩序罰過料を科されうること、また、これが繰り返される場合には、5000スイス・フランまでの秩序罰過料を科されうることの注意を喚起される。

第192条 証拠供述

- 1 裁判所は、刑事罰の喚起の下、職権により、当事者の一方又は両当事者に証拠供述を義務づけることができる。
- 2 両当事者は、証拠供述の前に真実を述べることを注意喚起され、虚偽の供述の

(26) Botschaft ZPO, (Fn. 7), S. 7326.

場合の刑事罰（刑法306条）を指摘される。

（８）判決効

1. スイス民事訴訟法における既判力概念

民事訴訟が訴訟事件の法的平和を回復し、かつ法的安定性に資するものであるとするならば、裁判官の判決は原則として安定し、かつ拘束力を有する特徴を有することは不可欠である。争訟は、繰り返し新たに再検討すべきものではなく、裁判官の判決によって最終的に解決されるべきである⁽²⁷⁾。この目的のために、裁判官の判決には既判力が生じるのである。すなわち、裁判官の判決は原則として変更できず（形式的確定力）かつ後訴において当事者及びその承継人に対して拘束力を有する（実質的確定力＝既判力）。

スイス民法は、法的確定力（形式的確定力及び実質的確定力＝既判力）に関する法律規定を置いていない。2003年の専門家委員会草案では、これに関する立法化が予定されていた。

その文言は、次のようなものである。

専門家委員会草案第234条 法的確定力

- 1 判決は、次に掲げる場合には、法的確定力を有する。
 - a) 上訴も又抗告もその可能性がない場合
 - b) a号の不服申立て手段について両当事者が放棄した後
 - c) a号の不服申立て手段の取下げ後
 - d) 不服申立て期間が経過した後
- 2 当事者は、執行をなしうることの証明書を要求しうる。

この規定を置かなかった理由を連邦司法省の作業草案（2005.1）では、以下のように、述べられている。つまり、「民事訴訟法は教科書ではないがゆえに、

(27) このことは、判決が誤ったものとみなされる場合にも妥当する。このような場合には、既判力ある判決の上告によって限定的な修正がなされうる。特定の事案においては、既判力の生じ、継続して効力を有する判決の将来についての変更が問題となる場合がある（例えば、ZGB129条または286条2項および286a条の定期的な扶養料請求、OR46条2項の身体損害の場合の時間的に制限された損害賠償請求などの事案の場合）。連邦裁判所は、実質的確定力と実体的正義との関係について言及し、実質的確定力を優位に位置づける。確定されたのは、既判力が生じた判決は、誤った判決が事前に上告によって取り消されない場合には、事後的に損害賠償訴訟において問題となりえないということである（Leuenberger/ Uffer-Tobler, a.a.O. (Fn. 5), S. 193.）。

教示の規定は必要ない。形式的確定力は（上訴等の）不服申立ての可能性から明らかになり、かつ実質的確定力＝既判力の定義づけは注釈書等に委ねることができる」としたのであった。そして、結論として、連邦参議院草案において、同一の理由から、法的確定力に関する法規化を放棄し、そして、既判力の定義づけに関しては、学説と判例を参照するよう指示されたのであった⁽²⁸⁾。

既判力の本質論につき、スイスでも判例・通説はいわゆる訴訟法説をとる（BGE121Ⅲ474E.2）。つまり、既判力は、不当に棄却された請求権が実体的に消滅することもまた不当に保護された請求権が実体的に発生するという作用はない。実体的法状態が新たに生成されるのではないとする。その効力は、同一の訴訟物は二度訴訟の対象とはなりえないという点で、純粋に訴訟的なものである。そして、既判力の抗弁は、訴訟要件として位置づけられている（スイス民訴59条2項e）。再訴しても、新たな訴えは考慮されないのである⁽²⁹⁾。

以下、スイス民法訴訟法における既判力概念等について、教科書的に紹介することにした。

2 形式的確定力

1) 概念と作用

判決には、形式的確定力が生じる。形式的確定力は、訴訟係属を終了させる。この形式的確定力とは、判決が遮断的効力を有する上訴により取消しできない又はもはや取り消しえないことを意味する。そして、この形式的確定力が実質的確定力＝既判力の前提となる。また、仮に法律により遮断的効力を有する上訴がなされている場合（スイス民訴308条以下、315条1項参照）以外には、形式的確定力は、州の下級審又は上級審の判決でもって、直接に生じる。連邦裁判所の判決はその言渡しの日法的確定力を生じる（BGG61条）。遮断的効力を有しない上訴（スイス民訴319条以下の抗告、BGG72条以下の民事事件における抗告、連邦裁判所への緊急の憲法抗告）は、法律により形式的確定力は生じな

(28) Botschaft ZPO, (Fn. 7), S. 7345. *Spühler/Tenchio/Infanger*, a.a.O. (Fn. 2), S. 1363. (*Daniel Steck/Norbert Brunner*). など参照。この規定を置かなかったこと、とくに既判力に関する規程を設置しなかったことについては、批判も大きい（*Oberhammer/Domej/Haas*, a.a.O. (Fn. 1), S. 1071ff. (*Paul Oberhammer*). など参照）。

(29) *Spühler/Tenchio/Infanger*, a.a.O. (Fn. 2), S. 1363. (*Daniel Steck/Norbert Brunner*). この点がわが国の通説とは異なってくる。

い。遮断効のない上訴に遮断効が認められない限りで、確認判決および形成判決は有効であり、給付判決は既判力を有する。遮断効のない上訴が認容され、事件が新たな判決のために前審へ差し戻された場合には、確定力は消え、新たな訴えが係属することになる。

形式的確定力でもって、給付判決であれば、第一審判決は原則として執行力を有する（スイス民訴336条1項a参照）。しかし、形式的確定力と執行力は、時的には、分かれる（スイス民訴336条1項b号、315条2項参照）。州の上訴審の判決は、単に執行力を遮断するのみであり（スイス民訴325条2項参照）、これに対して連邦裁判所の判決は、確定力も執行力も遮断する（BGG103条）。形成判決の場合においては、判決によって形成効がもたらされるから、執行を必要とせず、BGG103条2項aに基づき、法律によって遮断される。

2) 形式的確定力の限界

個々の事案において、形式的確定力は、以下の時点で、生じる。

- ①判決に対して遮断効を有しない上訴を自由に行うことができるときには、言渡しの日¹に形式的確定力が生じる（明文ではBGG61条、部分的には判決が公示された日）。このことは、上訴審判決についても妥当し、それが不開始判決または本案判決であっても同様である。
- ②遮断効のある上訴をすることができ、認容判決が存在するが、しかし、上訴がされていない場合、上訴期間の経過の日²に形式的確定力が生じる。
- ③裁判所への放棄の表明の受領を伴った遮断効ある上訴の放棄時
- ④裁判所への脱退の表明の受領を伴った遮断効ある上訴の脱退時
- ⑤その締結を伴った裁判上の和解（スイス民訴241条2項）成立時
- ⑥裁判所また相手方への到着を伴った請求の認諾及び請求の放棄時
- ⑦控訴による部分的な取消しの場合に当事者が困難な場合のみに控訴期間の経過によって部分的な確定力が生じる。すなわち、両当事者が困難な状況により、期間の途過が決定的となる場合である。

なお、判決はまた、部分的に形式的確定力を生じることがある。このことは、スイス民訴法315条1項から明らかである。スイス民訴法315条1項によれば、上訴は、上訴された判決の確定力を申立ての範囲でのみ妨げるにすぎないからである。

3 実質的確定力＝既判力の概念と範囲

1) 概念

スイス民訴法は、上述したように、既判力を定義しておらず、それについては学説及び判例に委ねている。

既判力とは、同一当事者間、またはその承継人との間で生じた後訴に対する形式的確定力ある判決の通用性であるとするのが判例である⁽³⁰⁾。既判力は、判決に関わる当事者について形式的確定力が発生すると即座に生じる。既判力は、同一紛争における矛盾判決の回避を目的とすることから、とくに、同一の訴えを二度提起できないこと、つまり、完結した訴訟が再び新たに繰り広げられないことを意味する。また、前訴判決は訴訟物の異なる後訴の前提問題についての先決的關係を形成する（後述）。

2) 既判力の範囲

①物的限界

a) 原則：既判力の範囲＝主文の判断

原則として、既判力は判決主文についてのみ生じる（スイス民訴238条d）。したがって、裁判所による判決の拘束力は、判決主文に関してのみ存在する。すなわち、判決理由中の判断には、既判力は生じないのである。既判力は、訴訟物に関連するのである。確かに、主文の射程を拘束的に判断し、訴訟物の同一性が存在するかという問題を明らかにするために、判決理由を把握する必要がある⁽³¹⁾。したがって、訴訟物が同一の場合には、後訴は排斥される（既判力の消極的機能）。同一の事件及び法的問題は、二度裁判所に提示することができない。後訴は、訴訟物の同一性により、また、後訴が前訴の対象であった訴訟物と矛盾するものを請求する場合も排斥される。そこでは、前訴の被告が最初の原告に対して行動し、同一の訴訟物を再び問題としようとするものであるからである。どの範囲に既判力が及ぶか、または行使された請求権についてすでに判決がなされたかは、そのたび毎に判決の全内容の解釈により確認されることが判例である⁽³²⁾。

さらに、既判力は、後訴の裁判所を、主文において確認されたすべてについて拘束する（既判力の積極的機能）。そして、既判力を有する判決は、後訴に

(30) BGE139Ⅲ12参照。

(31) *Leuenberger/ Uffer-Tobler*, a.a.O. (Fn. 5), S. 193. ; BGE136Ⅲ345参照。

(32) *Leuenberger/ Uffer-Tobler*, a.a.O. (Fn. 5), S. 193. ; BGE136Ⅲ257参照。

において裁判所を拘束し、そこでは、前訴において既判力をもって判断された主要な問題が、前提問題としての意義を有してくる。この拘束力は、たとえば、前訴において契約の解除が認められ、又は契約の無効が前提問題としてのみではなく判断されたにもかかわらず、商品の引渡しを求める後訴が提起された場合に機能する。

b) 判決理由中の判断

判決理由中の判断には、既判力は生じない。例えば、給付の訴えにおいて、権利関係の存在という前提の確定は、既判力とは関係ない。例えば、賃料の支払い請求が契約の無効を理由に棄却されたとき、契約の無効の判断には既判力が生ぜず、後の機会において新たに問題とされうる。というのも、契約の有効性の問題は、前訴においては主たる問題ではなく、単なる前提問題だからである。また、問題となった消費貸借の利息債権の認容は、消費貸借契約の存在を既判力をもって確定することを含まない。すなわち、後訴において、消費貸借の償還のために消費貸借契約の存在を新たに問題とすることができるのである。このような場合においては、そのような契約の有効性の問題のために確認訴訟（中間確認の訴え）が用意されている。

相殺は、既判力が主文についてのみ生じるという原則の例外となる。被告の反対債権が訴えて請求された債権と相殺されたことを理由として請求が棄却された場合、既判力は、相殺の範囲内で反対債権についても生じるのである。なぜなら、反対債権で請求債権が相殺されたことを基づく訴えの棄却は、反対債権とともに請求債権が存在していたが、相殺によって消滅したことを含んでいるからである。被告は、このような状況において、後訴において新たに反対債権を請求することができるとするべきではない。しかし、主文は、単に請求の棄却のみを述べる。そして、それは、相殺がされ、自働債権の同一性からという理由から生じる。文書による理由を付けない全ての判決（スイス民訴239条）においては、自働債権についての簡潔な申立てが記載され、後に確認され、それによって既判力と関連付けられる。

争われているのは、相殺の抗弁が認められなかった場合にも相殺に供された反対債権について既判力をもって判断されるかどうかである⁽³³⁾。それは、相殺が、相殺可能性が無いことを理由としてではなく、債権が不存在であること

(33) *Leuenberger/ Uffer-Tobler*, a.a.O. (Fn. 5), S. 194.

を理由に認められなかった限りで、肯定されるべきである。というのも、裁判所は、この場合、債権及び反対債権について詳細に説明しなければならず、それによって、反対債権の存在、もしくは不存在の問題への既判力の拡張がおのずと生じてくる。

②人的限界

人的限界においては、既判力は、通常、訴訟において対立した主たる当事者とその包括及び個別承継人間でしか生じない。このことは、既判力は、たとえば当事者の相続人に拡張し、さらにまた、実体法上争われた権利または判断された義務を承継した者にも拡張されることを意味する（例えば、棄却された債権の譲受人や地役権の負担に関する不動産の取得人である。BGE125Ⅲ 8 は、労働者の訴えおよび不当な即時な解雇による使用者に対する失業保険の後の訴えにおける既判力の主観的な限界についてのものである）。

このように、訴訟に関与していない第三者については、判決は原則として拘束力を有しない（補助参加および訴訟告知の効力については、前稿参照）。したがって、ある芸術品の所有権を確認する訴訟の終結後、第三者は、その訴訟において勝訴した当事者に対して、新たな訴訟で同じ芸術品の自己の所有権を主張することができる。

二人の通常共同訴訟人に対して提起された損害賠償請求訴訟において、一人の共同訴訟人について賠償責任を認め、しかし、一人の共同訴訟人には請求を棄却した場合、賠償責任を認めた判決の既判力は、他の共同訴訟人に対しては何ら意味を持たない。なぜなら、共同訴訟人は、最初の訴訟において当事者として対峙していないからである。

訴訟担当の場合においては、既判力は、実体上権限を有する当事者（例えば遺言執行者が訴えられた場合の相続人）にも既判力が拡張する。

③時的限界

既判力は、時間的な観点において、すべての事実上の判決の基礎、すなわち、一定の時点までに生じた事実上、および法律上の結果を包摂する。この時点は、訴訟において最後に新たな事実を提出することができる時が当てられるべきである。

4. 判決の種類による区別

1) 本判決

本判決, すなわち実体上の裁判所の, 請求された権利が存在するか否か, 部分的に存在するか否かの判断は, 既判力を生じさせる⁽³⁴⁾。このことは, 理由づけや証拠を欠いていたために請求が棄却された場合にも妥当する。訴えの同一性が提出された主張に基づいて確認される以上, 二度目の同一の訴訟によって, 最初の訴訟において不十分に理由づけられて提出された事実の主張による不完全な訴訟追行を修正することはできない。判決がすでに存在する時点において全ての事実について, 当事者が全体としていたかどうか, 当事者によって申し立てられたかとは関係ないとするのが判例である⁽³⁵⁾。

2) 判決によらない訴訟の終了: 和解, 請求の放棄・認諾

スイス民訴法241条2項は, 和解, 請求の放棄, 認諾が, 既判力ある判決の効力を有することを明文で規定する。これにより, 既判力は, 裁判所による請求権の審査なく生じうる⁽³⁶⁾。このことは, 調停手続における請求の放棄, 認

(34) 略式手続における本判決は, 通常訴訟および簡易手続における判決と既判力の観点から原則として同様に扱われる (BGE141 I 241)。OR697条4項に基づく株主の情報開示および閲覧請求権について, OR958e条2項に基づく債権者の閲覧請求権についての判決, 又は OR731b 条1項に基づく会社の機関を欠くことによる解散判決は, 既判力を有する。Rechtsöffnung 判決については, 新たな取立てが始められないときは, 妥当しない。すなわち, Rechtsöffnung 判決は, 行われている取立てについての純粋な権利についてなされるからである。Leuenberger/ Uffer-Tobler, aa.O. (Fn. 5), S. 194. スイス民訴法257条による手続 (明らかな事案における権利保護) における本判決は, 完全な既判力を得て, それでは, 通常手続における後の同一の訴えをも排除する。これに対して, 通常手続における裁判所は, 同じ事件であるがしかし, 低下した証拠量を伴ってだされた先行する措置判決 (Massnahmenentscheid) に, 当然には拘束されない。保全的措置が問題となるとき, 既判力は制限的にのみ妥当する。なぜなら, そのような措置は, 状況により, 将来変更されうるし, 本案において終局判決の既判力によってなくなるからである (スイス民訴268条)。最後に, 非訟事件の略式事件において, スイス民訴法256条による終局判決は, 例外的に, 破棄し, または変更されうる。

(35) BGE115 II 187

(36) 例えば, BGE141 III 376は, 離婚訴訟における保全措置の変更への要求の取下げについて既判力を認めた。Leuenberger/ Uffer-Tobler, aa.O. (Fn. 5), S.

諾又は和解にも、以下の制限をともなって妥当する（スイス民訴208条2項）。すなわち、留保の無い請求の放棄のみが既判力を有する。なぜなら、スイス民訴法65条により、当事者は、終局判決について管轄を有する裁判所への訴えについて、それが相手方に送達されるまで、既判力と関係なく撤回することができるからである。スイス民訴法63条による訴え開始のない場合の適切な請求の放棄も既判力の効力を有しない。

3) 訴訟判決

訴訟判決に既判力が生じるか、また生じるとしてその範囲はどうなるかについては、争いのあるところである⁽³⁷⁾。スイス連邦裁判所は、訴えの形式的な適法性についての訴訟判決は判断された適法性の問題についてのみ既判力を生じさせることを確認している⁽³⁸⁾。このことは、裁判所が訴訟要件（適法性）の欠缺により実体的に判断していない訴えられた請求権が、後の訴訟において新たに審議されうることを意味してくる。管轄のある裁判所への同一の訴えは、このような状況において同時に可能である。これに対して、裁判所によって判断された開始問題に関しては既判力が認められるべきであり、その訴えについて裁判所が適法性を欠くとして開始しなかった当事者は、後にこの裁判所の不開始判決を同じ事実に基づいて再び問題とすることができない⁽³⁹⁾。

4) 訴訟進行上の処分

訴訟進行上の処分は、訴訟進行、または裁判所の訴訟進行中の命令であり、訴訟を完結させるものではない。それらは、進行する手続についてのみ効力を有し、訴訟の進行に役立つものである（例えば、中断、無償の司法の許可、または却下、証拠調べ、期日の延長、又は回復、訴えの分離、または併合）。それらは、原則として既判力を生じず、通常は（それらが抗告によって審理されていない限りで）、再検討の必要がある場合には再び持ち出され、変化した関係に基づいて変更されうる。

194.

(37) *Oberhammer/Domej/Haas*, a.a.O. (Fn. 1), S. 1072ff. (*Paul Oberhammer*). など参照。

(38) BGE134 III 467, BGE115 II 187 など参照。

(39) *Leuenberger/ Uffer-Tobler*, a.a.O. (Fn. 5), S. 194.

(関連条文試訳)

第5章 判決

第236条 終局判決

- 1 手続が判決を下すに成熟したときは、当該手続は、本案判決又は訴訟判決により終了する。
- 2 裁判所は、構成員の過半数の判断に従って判決を下す。
- 3 勝訴当事者の申立てに基づいて、執行に関する処分はこれを命ずる。

第237条 中間判決

- 1 裁判所は、分離した上級審の判断によって即座に終局判決がもたらされ、かつ重大な時間又は費用の支出を節約できるときは、中間判決を下すことができる。
- 2 中間判決は、独立してこれを取り消すものとする。その後の取消しは、終局判決でもって排除される。

第238条 判決文の内容

判決書には、以下に掲げる事項を記載する。

- a) 裁判所の名称及び構成
- b) 判決の場所及び日時
- c) 当事者及びその代理人の名称
- d) 判決主文（判決形式）
- e) 判決を通知する人及び官庁の表示
- f) 当事者が上訴を放棄しない限りでの、不服申立て方法の教示
- g) 必要があれば、判決理由
- h) 裁判所の署名

第239条 開示と理由づけ

- 1 裁判所は、書面による理由づけなしに、以下の方法で、判決を開示することができる。
 - a) 主要弁論期日においては、手短な口頭の理由づけを伴って両当事者への書面による判決主文の交付によって
 - b) 両当事者への判決主文の送達によって
- 2 書面による理由づけは、当事者の一方が判決の開示から10日以内にこれを要求するときは、後でこれを引き渡すものとする。理由を示した書面が要求されなかったときは、これは、控訴又は抗告による判決の取消しを放棄したものとみなす。
- 3 連邦裁判所にさらに引き継がれうる判決の開示に関する2005年6月17日の連邦裁判所法の規定は、これを準用する。

第240条 判決の通知と公表

法律がこれを規定し又は執行に資するときには、判決は、官庁及び関係する第三者にこれを通知し、又は公開する。

第6節 判決によらない手続の終了

第241条 和解、請求の認諾・放棄

- 1 和解、請求の認諾・放棄が裁判所で調書に記載されたときは、両当事者は調書に署名しなければならない。
- 2 和解、請求の認諾・放棄は、法的確定力ある判決の効果を有する。
- 3 裁判所は、これらの場合には、手続を終了する。

第242条 その他の理由に基づく訴訟対象の消滅

- 1 手続が他の理由に基づき判決なしに終了したときは、手続は終了する。